



SÖKANDE

Grönsakshandlarna Karlskrona AB, 556930-8132

MOTPARTER

1. Karlshamns kommun
2. Olofströms kommun
3. Sölvesborgs kommun
4. Sölvesborgs Bromölla Kommunalförbund
5. Bromölla kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-02-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Karlshamns kommun, Olofströms kommun, Sölvesborgs kommun, Bromölla kommun och Sölvesborgs Bromölla Kommunalförbund (kommunerna) genomförde en gemensam upphandling avseende färsk frukt, potatis, grönsaker och ägg, UH-2017-208. Upphandlingen genomfördes enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Genom tilldelningsbeslut den 26 september 2018 antog Kommunerna Lunnatorp Blekinge AB:s (Lunnatorp) anbud.

Grönsakshandlarna Karlskrona AB (Grönsakshandlarna) har begärt överprövning av upphandlingen med yrkande om att en ny utvärdering ska genomföras i vilken Grönsakshandlarna tilldelas avtal.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås.

Grönsakshandlarna anför till stöd för talan bl.a. följande. I upphandlingen läggs det stor vikt på att anbudsgivaren har teknisk kapacitet, erfarenhet samt kapacitet till att utföra uppdraget på ett effektivt och tillförlitligt sätt. Anbudsgivaren ska kunna hålla kvalitet, tidshållning och service till över 90 leveransadresser. I upphandlingsunderlaget, ska-krav 2.3, anges bl.a. att anbudsgivaren ska styrka sin erfarenhet/kapacitet genom två volymmässigt likvärda uppdrag under de senaste tre åren genom hänvisning till referensperson. Det vinnande anbudet från Lunnatorp kan inte bedömas som likvärdigt då det endast förekommer en leveransadress/område till deras angivna referens Fazer Food Service AB (Fazer). Deras referens är inte heller omsättningsmässigt likvärdig. Varor till referensen levereras endast en dag i veckan men vid några tillfällen fler. Leverensstället ligger knappt sju kilometer bort. Avtalet med kommunerna innebär 200 stopp i veckan och omfattar cirka 120 mil. Eftersom Kommunerna uteslutit Halmstad Frukt & Grönt på grund av ska-krav 2.3 ska även Lunnatorp uteslutas. Om inte Lunnatorp utesluts betyder det att man kan välja vilken leverantör man vill, vilket strider mot reglerna i LOU. Eftersom Lunnatorp och Halmstad Frukt & Grönt inte uppfyller ska-krav 2.3 ska de tilldelas avtalet.

Kommunerna anför till stöd för bestridandet bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Det har inte funnits skäl att lägga Lunnatorps anbud åt sidan och de har därför rätteligen tilldelats kontraktet. Upphandlingen ska resultera i tre separata kontrakt. Anbudsgivare har kunnat välja att lämna anbud på endast en del av upphandlingen, två delar eller samtliga tre delar. Halmstad Frukt & Grönt har uteslutits på ska-krav 2.3 eftersom referenspersonen i sitt svar uppgett att uppdraget inte utförts på ett effektivt och tillförlitligt sätt med ett för kunden godkänt resultat avseende kvalitet och tidshållning. Referenspersonerna för Lunnatorp har däremot intygat att uppdrag utförts i enlighet med ska-krav 2.3. Det har därför inte funnits anledning att utesluta Lunnatorp på samma grunder som Halmstad Frukt och Grönt. Kommunerna är bundna av svaren från referenspersonerna

och kan inte själva välja vilken leverantör som ska erbjudas avtal. Anbudsgivarna har i upphandlingen fått lämna en egenförsäkran på att kravet i ska-krav 2.3 uppfylls genom att sätta ett kryss i en ruta i anbudet. Lunnatorp har i sitt anbud kryssat ja och angett två referenser. Att Lunnatorp har erfarenhet av att leverera till en kommun samt till storkök hos en privat aktör visar att Lunnatorp har den kapacitet och erfarenhet som krävs för uppdraget. Ska-kravet 2.3 ska även läsas tillsammans med ska-krav 2.1 och 2.2 som också handlar om anbudsgivarens kapacitet. I Lunnatorps företagsbeskrivning har de uppgett att de levererar till kommun, landsting och restaurang sju dagar i veckan. Kommunerna har således inte haft någon anledning att ifrågasätta deras försäkran eller funnit några andra skäl för att utesluta Lunnatorp. Tvärtom så visar uppgifterna i Lunnatorps anbud att de har den erfarenhet och kapacitet som krävs för uppdraget. Grönsakshandlarna har uppgett att det är fråga om 90 leveransadresser samt 200 stopp i veckan på cirka 120 mil. Dessa uppgifter tycks Grönsakshandlarna basera på summan av alla tre avtal. En sådan tolkning är inte korrekt eftersom upphandlingen är uppdelad i tre delar. Kraven i upphandlingsunderlaget får inte vara mer långtgående än vad som är motiverat av uppdraget och anbudsgivarens erfarenhet/kapacitet ska därför ställas i relation till varje enskild del i upphandlingen. Huruvida en anbudsgivare har kapacitet att klara samtliga uppdrag om de vann alla delarna är en affärsmässig avvägning som anbudsgivaren måste göra i samband med inlämnande av anbud. Vad gäller volymmässigt likvärdigt syftar det inte endast på omsättningen i kronor utan kan även syfta på exempelvis antal leveransställen. Någon uppskattad omsättning framgår inte av upphandlingsdokumentet men däremot finns uppskattade artikelvolymmer för respektive del i upphandlingen. Det förekommer inte heller några uppgifter om hur lång körsträcka som respektive del omfattar. Dessa uppgifter kan därför inte anses vara av vikt vid bedömningen om ett referensuppdrag är att anses som volymmässigt likvärdigt med uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlade myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69). Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav (jfr HFD 2013 ref 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunerna, i något av de avseenden som Grönsakshandlarna påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och om det därför finns grund för att ingripa mot kommunernas upphandling. För ingripande krävs vidare att Grönsakshandlarna har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

I krav 2.3 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande. ”För att styrka anbudsgivarens erfarenhet/kapacitet ska två volymmässigt likvärdiga uppdrag utförda eller pågående under de senaste tre åren, räknat från sista anbudsdag, anges här med hänvisning till referenspersoner [...] Karlshamns kommun förbehåller sig rätten att bedöma om uppdraget är likvärdigt eller inte.”

Grönsakshandlarna har invänt att Lunnatorps tidigare referensuppdrag på Fazer inte kan anses vara ett ”likvärdigt uppdrag” och gör gällande den angivna referensen endast gäller en leveransadress/område och att detta uppdrag inte är omsättningsmässigt likvärdigt. Kommunerna hävdar å sin sida att referensen Fazer utgör ett sådant likvärdigt uppdrag som upphandlingsdokumentet hänvisar till under Krav 2.3 och menar att referensuppdraget visar att Lunnatorp har den kapacitet och erfarenhet som krävs. Vad gäller omfattningen av uppdraget får det förutsättas att anbudsgivaren har kapacitet och erfarenhet för de mindre delarna om de visat att de har det för de större delarna. Volymmässigt likvärdigt syftar inte bara till omsättning i kronor utan även t.ex. antal leveransställen.

Den aktuella upphandlingen rör leveranser av färsk frukt, potatis och grönsaker. Enligt upphandlingsdokumentet ska, som framgår ovan, anbudsgivarna lämna in referenser avseende två volymmässigt likvärdiga uppdrag. Enligt förvaltningsrättens mening måste kravet på att referensuppdragen ska vara volymmässigt likvärdiga tolkas som att referensuppdragen ska vara likartade de tjänster som är föremål för upphandlingen samtidigt som leverantörerna ska visa att de har kapacitet att fullgöra det efterfrågade uppdraget. Vid en tolkning av innebörden bör den upphandlande myndigheten ges ett visst tolkningsföreträde. Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit något vägande skäl mot att ge inte begreppet ”likvärdigt uppdrag” den innebörd som kommunerna gör gällande. Förvaltningsrätten finner därför att Grönsakshandlarna inte har visat att kommunerna genom

sitt förfarande har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen på sätt som medfört att Grönsakshandlarna lidit eller kunnat komma att lida skada. Det saknas således skäl för ett ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Norrman
rådman

Föredragande: Ida Arvidsson



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.